



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

**O DIREITO À CONCORRÊNCIA NA COBRANÇA DOS DIREITOS
AUTORAIS SOBRE OBRAS MUSICAIS**

BRASÍLIA, 2013

CARLOS AUGUSTO PASSOS MACIEL

O DIREITO À CONCORRÊNCIA NA COBRANÇA DOS DIREITOS AUTORAIS SOBRE OBRAS MUSICAIS.

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Coordenação de Direito da
Universidade de Brasília - UNB, como
requisito parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito.

Orientador: Professor Antônio Claudio
Macedo Silva.

BRASÍLIA, 2013

*Dedico este trabalho aos meus pais,
responsáveis diretos pelo que sou;às minhas
irmãs, por todo o amor existente entre nós;e a
toda minha família, maior patrimônio que
posso.*

RESUMO

O presente trabalho visa elucidar de maneira objetiva o atual cenário econômico da cobrança dos Direitos Autorais sobre obras musicais sob um ponto de vista do Direito da Concorrência, demonstrando as ilegalidades existentes nas práticas do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD – e suas Associações, tais como formação de cartel e criação de barreiras à entrada de novos *players*.

Palavras chave: Direitos Autorais - Direitos Conexos - Direito da Concorrência - Lei 9.610/98 - Formação de Cartel - Música, lítero-música e fonogramas – ECAD - CADE.

ABSTRACT

This monograph aims to elucidate in an objective way the current economic landscape of copyrights chargings on musical works from an Antritrust point of view, demonstrating the illegalities existing in the behaviors of Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD – and its Associations, such as cartel formation, price fixing and creation of barriers to entry.

Keywords: Copyrights Law - Related Rights - Antritrust Law - Law 9.610/98 - Cartel Formation - Music, literary-music and phonograms – ECAD - CADE.

Sumário

INTRODUÇÃO	6
1. DIREITO CONCORRENCIAL	8
1.1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	8
1.2. A LEI Nº 4.137/62 E A CRIAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA	8
1.3. A LEI Nº 8.158/1991 E A ABERTURA ECONÔMICA BRASILEIRA	9
1.4. A LEI Nº 8.884/1994 E A CONSOLIDAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA	10
1.5. ELEMENTOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	11
2. DIREITO AUTORAL	14
2.1. A LEI DE Nº 5.988/73	14
2.2. A LEI DE Nº 9.610/98	16
2.3. A LEI DE Nº 12.853 DE 2013	17
2.4. DIREITOS DE AUTOR E COAUTOR	19
2.5. DIREITOS CONEXOS	20
3. DELIMITAÇÃO DO MERCADO ECONÔMICO MUSICAL	22
3.1. DOS AGENTES	23
3.1.1. DAS ASSOCIAÇÕES	23
3.1.2. Do ECAD	25
3.2. GESTÃO COLETIVA	26
4. SOBRE A ATIVIDADE DE ARRECADAÇÃO	27
4.1. A ATUAL PRÁTICA DE ARRECADAÇÃO	29
4.2. POSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA NA ARRECADAÇÃO	32
5. SOBRE A ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO	33
6. A PORCENTAGEM RETIDA PELO ECAD E PELAS ASSOCIAÇÕES	35
7. SOBRE A ATIVIDADE DE FIXAÇÃO DE PREÇOS	37
7.1. ESTIPULAÇÃO DOS VALORES DAS OBRAS	37
7.2. VIABILIDADE DA FIXAÇÃO POR CADA TITULAR OU ASSOCIAÇÃO	38
8. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E CRIAÇÃO DE BARREIRAS À ENTRADA DE NOVAS ASSOCIAÇÕES (PLAYERS)	40
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	44

INTRODUÇÃO

A possibilidade de concorrência na cobrança dos Direitos Autorais relativos à execução pública de obras musicais sempre foi muito mal vista pelos intérpretes do Direito; seja pela sua complexidade, seja, principalmente, por um mal entendido na interpretação da Lei dos Direitos Autorais a qual, aparentemente, proibira esse tipo de disputa.

Diariamente o judiciário recebe demandas contra o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) e, na maioria dos casos, as lides dizem respeito à negativa de pagamento desses direitos ou ao descontentamento com o valor cobrado pela entidade, mas raramente envolvem debates concorrenciais nas demandas. Entretanto, muito recentemente o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) julgou Processo Administrativo envolvendo o ECAD e suas Associações constituintes contra a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura, cenário no qual restou demonstrada a possibilidade de concorrência efetiva entre as Associações representantes de Titulares de Direitos Autorais e o afastamento do entendimento de que a própria Lei dos Direitos Autorais restringia tal disputa de preços entre essas entidades representativas.

Não distante dos debates produzidos em sede do processo administrativo citado acima, fato é que por todos esses anos de vigência da LDA ela não fora devidamente interpretada, de modo que se creditava ao ECAD o dever de se estabelecer os preços das obras musicais em conluio com suas associações. Todavia, ignoravam estas entidades que a lei tão somente determinava que caberiam elas o poder de arrecadação e distribuição desses direitos. Ou seja, em nenhum momento a lei conferia poderes além desses.

Ademais, questionava-se a viabilidade de disputa entre as associações, sobre o argumento da impossibilidade de se estabelecer um controle sobre as execuções das obras e sua consequente mensuração para posterior distribuição das verbas arrecadadas, discurso esse que também não encontra respaldo, pois as próprias entidades representativas já dispõem de tecnologia para tanto e o praticam em fase de distribuição dos direitos.

O que este trabalho objetiva é demonstrar a possibilidade de se estabelecer concorrência neste setor e, principalmente, que essa concorrência estabelecida gera eficiências benéficas para o mercado, tanto para os titulares

quanto para os usuários das músicas, pois a concorrência deixa de ser necessária se ela provocar prejuízos aos interesses coletivos.

A ainda que se dizer que em nenhum momento se cogita na possibilidade do não pagamento dos Direitos Autorais, os quais são devidos e jamais devem deixar de existir, até mesmo pelo seu caráter personalíssimo.

Assim, pretende-se, por meio de um estudo comparativo, avaliando as possibilidades e efeitos econômicos no mercado, seja através da quantificação ou da qualificação, demonstrar que mais uma vez a concorrência se mostra a ferramenta mais benéfica para a defesa dos interesses coletivos.

1. DIREITO CONCORRENCIAL

1.1. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Comparado à legislação antitruste norte americana e até mesmo à de alguns países europeus, a nossa legislação é bastante recente. Houve um forte surto de produção doutrinária e jurisprudencial basicamente concentrado após nossa abertura democrática e, mais ainda, após a edição da Lei 8.884/94, que transformou o CADE em uma autarquia federal, deferindo maior importância para a matéria. De toda forma, não há como desconsiderar os principais conteúdos normativos que antecederam tal momento, vez que é importante até mesmo para interpretá-lo, pois possibilita uma compreensão do processo que nos trouxe até o presente momento, em que vigora a Lei 12.529/2011. A compreensão desse processo pode ajudar ao estudioso desse assunto na medida em que aparecem lacunas na lei ou aparecem dúvidas sobre uma interpretação x ou y.

Entretanto, este ponto do trabalho não tem como foco esgotar a história antitruste brasileira, de maneira que atentaremos, na medida do possível, àquelas legislações que mantêm um mínimo de proximidade com o Direito Autoral. Assim, não é objetivo apresentar a totalidade das matérias concorrenciais, mas tão somente a necessária para boa compreensão do conteúdo aqui tratado, qual seja, cobrança de direitos autorais no mercado musical.

1.2. A LEI Nº 4.137/62 E A CRIAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Em 1962, com a promulgação da Lei nº 4.137, criou-se o CADE, órgão do poder executivo responsável em apurar e reprimir os abusos de poder econômico. Até então vigorava em nosso ordenamento jurídico as Leis nºs 1.521 e 1.522, ambas de 1951, responsáveis por disciplinar matéria de ordem concorrencial. Essas duas últimas leis não se mostravam aplicáveis às questões antitrustes, pois detinham um viés voltado para políticas de abastecimento e de controle da economia popular, o que transformava o CADE muito mais em uma ferramenta de políticas de governo do que propriamente regulador da concorrência, da economia, que funcionasse de forma autônoma, independente.

Apesar de a Lei nº 4.137 ter objetivado justamente conferir maior poder ao órgão que ficasse responsável por regular as atividades econômicas em território

nacional (no caso, o CADE), verifica-se que, seja por interesse dos governantes, seja pelas instabilidades econômicas que o Brasil vivenciou nos anos que se seguiram, a atuação do órgão antitruste ficou reduzida às mesmas atividades de controle da economia popular e de políticas de abastecimento, e não às que atualmente se vislumbra. Ademais, estava ausente a eficácia material dessa lei, sendo uma de suas causas o constante medo que sua aplicação pudesse conferir à, já tão abalada, segurança jurídica da época. É neste sentido que se coloca FORGIONI ao dizer:

“[...] um dos principais problemas enfrentados na concretização das disposições da Lei nº 4.137 pelo CADE derivou da atuação do Poder Judiciário, agindo para salvaguarda das garantias individuais dos cidadãos, constitucionalmente asseguradas. Assim, a grande maioria das decisões do CADE acabou por ter seus efeitos suspensos em decorrência de mandados de segurança impetrados pelas empresas condenadas”.¹

1.3. A LEI Nº 8.158/1991 E A ABERTURA ECONÔMICA BRASILEIRA

Com o novo governo e a nova organização política brasileira, nasceram também novos objetivos da nação, dentre eles a abertura econômica ao mercado mundial. Sob a égide de um mundo em fase de globalização, o cenário mercadológico interno viu-se na demanda de se proteger das práticas econômicas que gerassem disfunções ou crises advindas do comportamento desses agentes econômicos livres no mercado principalmente dos estrangeiros. Daí nasce novamente a necessidade de um órgão que regulasse tal cenário, órgão esse que novamente se figurou o CADE.

A partir de uma medida provisória foi editada a Lei nº 8.158, que, não revogando a Lei nº 4.137, criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, dando suporte administrativo e pessoal ao CADE.

Entretanto, mais uma vez na história, o objetivo inicial do CADE, que era o de coibir o abuso do poder econômico, “acaba por ser sufocado, na imprensa, pelo triste papel que a Lei Antitruste passa a desempenhar no contexto econômico brasileiro: *instrumento de ameaça de retaliação por parte do governo federal contra determinados setores da economia*”.²

¹ (FORGIONI, 2010, p. 127).

² (FORGIONI, 2010, p. 133) (destaques originais).

Com isso, é de se salientar que os avanços ficaram a desejar na medida em que sua autonomia era desviada por questões inoportunas à defesa da concorrência.

1.4. A LEI Nº 8.884/1994 E A CONSOLIDAÇÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

A princípio, poderíamos atribuir a este texto normativo que objetivava regular o mercado a faceta que as duas leis pretéritas ganharam. Seu começo de vigência e suas imediatas contribuições para a sociedade replicaram aquelas medidas que eram adotadas anteriormente. Há que se falar que os primeiros casos atingidos pela Lei nº 8.884 acabaram por gerar inúmeras controvérsias, pois as inovações trazidas pela lei mudaram significativamente a maneira que nosso estado encarava a matéria concorrencial.

Ainda que poluídos pelo costume historicamente enraizado em nosso Direito Concorrencial, era possível observar que este começava a tratar de maneira mais séria e profissional as interferências de mercado provocadas pela atuação dos mais diversos *players*. A própria estrutura organizacional do CADE evoluiu, sendo transformada em uma autarquia, com orçamento próprio, organização mais corporativa, formada por pessoas mais qualificadas. Os reflexos dessa reestruturação começaram a aparecer nos julgados do Conselho, ainda que lentamente, percebendo uma análise mais técnica, dedicada e preocupada.

Finalmente a lei apresenta eficácia material, sendo respeitada pelo próprio judiciário (ao confirmar as decisões do CADE), talvez até mesmo como reflexo da evolução política de toda a nação. Ganha respaldo acadêmico e doutrinário, e abre também os olhos dos próprios empresários que começam a enxergar a necessidade da autarquia mais fortalecida. Esse fortalecimento do CADE acaba também por mostrar que a lei não era tão perfeita, e sim, precisava de ajustes. Precisava, não por ser ruim, mas porque a própria atividade efetiva do órgão mostrou os aperfeiçoamentos necessários, os aprimoramentos para uma melhor proteção ao abuso de poder econômico.

Tal evolução, tendo como base a experiência bem sucedida da Lei nº 8.884, acabou por culminar na mais recente lei antitruste brasileira: Lei nº 12.529/2011.

1.5. ELEMENTOS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

É impossível pensar antitruste sem fazer uso de conceitos classicamente utilizados pela economia. Tentar estudar o direito da concorrência valendo-se tão somente do vocabulário rebuscado e pomposo da ciência jurídica torna-se tarefa difícil talvez impossível aos olhos de um leigo, de maneira que expressões econômicas como mercado relevante, poder de mercado, economia de escala, barreiras à entrada, custos de transação, etc. são repetidamente utilizadas, como forma de fugir de maiores delongas e, por isso, necessita-se da compreensão de seus significados, os quais serão tratados abaixo.

A Lei de Direitos Autorais, conforme será apresentado, concedeu ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição o monopólio legal para as atividades de arrecadação e distribuição desses direitos. Com isso, somente o ECAD possui competência para tanto, sendo ilegal outra pessoa desenvolver tais práticas, refletindo fielmente o conceito de monopólio. SULLIVAN³, tratando daqueles *players* que se encontram na posição de monopolistas, define-os como sendo o vendedor que não tem qualquer rival, ou melhor, é o ofertante exclusivo de um produto ou serviço para os quais não existem substitutos próximos. Importante lembrar que a posição de monopolista não é crime, mas as práticas de mercado possibilitadas por essa posição podem vir a ser consideradas como tal, diferentemente da formação de cartel que *per se* já constitui um ilícito, caracterizando-se pelo conluio entre agentes de mercado, um acordo entre competidores ou uma coordenação de condutas.

Quando tratamos de mercado relevante, queremos dizer ou nos referir ao ambiente comercial ao qual se está estudando determinada concorrência ou situação econômica. Isso remete a uma necessidade de delimitação, seja de ordem geográfica, territorial; seja de ordem do produto, material. Para conceituarmos praticamente mercado relevante, e também defini-lo, podemos fazer uso do teste do “monopolista hipotético”, para o qual o mercado relevante é o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um pequeno, porém significativo e não transitório, aumento de preços⁴.

³ SULLIVAN e GRIMES (2000, p. 33).

⁴ GABAN e DOMINGUES (2012, p. 93).

A definição de poder de mercado guarda proximidade com a de mercado relevante. Está intimamente relacionado ao que os ingleses chamam de *marketshare*. Este último é a parcela de determinado mercado relevante que certo *player* detém e exerce influência por via da sua atuação neste mercado, seja através da prestação de serviço, seja por meio da venda de produtos, ou da soma dos dois fatores. Já poder de mercado, conforme ensinamentos de HOVENKAMP⁵, “is the power to raise prices above competitive levels without losing so many sales that the price increase is unprofitable”. É ainda, a capacidade de agir independentemente de seus competidores⁶. Nessa linha, a princípio, quanto maior for o poder de mercado de um agente econômico, maior a probabilidade de ele exercer essa força com o objetivo de aumentar seus lucros, seja diminuindo a oferta, seja aumentando os preços. Tal comportamento deve ser coibido pelo CADE com a finalidade de manter um ambiente competitivo e bem estar econômico e social, caso contrário, provavelmente oferecerá um ambiente perfeito para constituição de um monopólio.

Com relação aos conceitos puramente econômicos, devemos trazer aqui o de economia de escala, que nada mais é que a procura de um empresário para conseguir diluir seus custos de produção na quantidade produzida, ou melhor, diminuir seu custo marginal de maneira não aritmética. Ou seja, diz-se que a empresa apresenta economia de escala quando ela é capaz de duplicar sua produção com menos do que o dobro dos custos⁷. No jargão popular, apresenta economia de escala quando o produto custa mais barato à medida que a empresa produz mais ou quanto mais ela produz mais barato este produto fica para a mesma. Isso advém de diversos fatores, os quais variam de mercados para mercados. Importante aqui diferenciar economia de escala da economia de escopo. Essa última também representa redução de custo marginal para o produtor, entretanto, isso se dá devido a um aproveitamento do sistema produtivo de um produto A em prol de um produto B, permitindo que a empresa utilize-se das vantagens de uma produção para produzir algo distinto, com grande similaridade entre seus meios produtivos. Ou seja, a quantidade produzida também será maior, tal como na economia de escala, entretanto haverá produtos distintos no resultado final.

⁵ “É o poder de aumentar os preços acima de níveis competitivos sem gerar perda nas vendas que torne o preço aumentado não lucrativo”. HOVENKAMP (2005, p. 79).

⁶ VALÉRIO (2005, p. 131)

⁷ PINDYCK e RUBINFELD (2002, p. 225).

Em geral, as economias de escopo encontram-se presentes quando a produção conjunta de uma única empresa é maior do que as produções obtidas por duas empresas diferentes, cada uma produzindo um único produto (com equivalentes insumos de produção alocados entre as duas empresas separadas)⁸.

A partir de uma racionalidade econômica, que parte do princípio de que o objetivo do empresário é o lucro e que, por isso, *a priori*, procuram monopolizar seus mercados, nenhuma das medidas citadas acima surtiriam efeito prático caso, com o consequente aumento dos preços proporcionado pelo alcance do patamar monopolizador, novos concorrentes pudessem surgir rapidamente. Tais concorrentes aniquilariam o poder que um agente econômico teria de aumentar suas margens de lucros. Nas considerações de HOVENKAMP⁹ “the monopoly profits will never materialize, however, if new entrants appear soon after the successful predator attempts to raise its price”. Assim, para monopolizar um mercado, não só são necessários a prática de preços predatórios e o aumento da sua capacidade produtiva ou qualquer outra medida, mas é necessário também que exista neste mercado barreiras à entrada de novos *players*. Tais barreiras figuram não só em dificuldades operacionais, legais ou financeiras inerentes da própria atividade específica do mercado em questão, mas podem representar artifícios impostos pelo próprio agente interessado na monopolização. HOVENKAMP afirma existir duas definições para as barreiras à entrada, sendo uma chamada de *Bainian* e a outra de *Stiglerian*. A primeira consiste em um fator no mercado que permite uma empresa já estabelecida ganhar lucros advindos do monopólio enquanto detém a entrada de novos agentes¹⁰ ou, formalmente falando, a possibilidade de uma empresa já estabelecida elevar seus preços de venda acima da média dos custos de produção e distribuição sem que isso induza à entrada de potenciais concorrentes nesse mercado¹¹. Já a segunda conceituação considera que barreiras à entrada são custos que um entrante terá para entrar no mercado sendo que os *players* já estabelecidos neste não tiveram que custear quando entraram no mesmo¹². Assumindo uma ou outra definição, temos que as barreiras à entrada representam despesas, não

⁸(PYNDICK, 2002, p. 229)

⁹“Os lucros do monopólio nunca se materializarão, entretanto, se novos entrantes aparecerem logo após o predador tentar aumentar o preço”. (HOVENKAMP, 2005, p. 353)

¹⁰ BAIN (1962), citado em HOVENKAMP (2005, p. 39).

¹¹ BAIN (1962), citado em HOVENKAMP (2005, p. 39).

¹² STIGLER (1968), citado em HOVENKAMP (2005, p. 40).

somente financeiras que um entrante encontra e que por vezes inviabiliza o início do desenvolvimento da atividade.

Uma das barreiras que podemos citar e que merece destaque para o presente trabalho são os custos de transação. Tais custos representam dispêndios econômicos necessários para planejar, executar, adaptar os cumprimentos dos contratos. Representam também os custos de interação entre os agentes do acordo, garantindo a satisfatória execução dos mesmos.

Conforme veremos adiante, a forma de gestão dos direitos autorais no Brasil visa proporcionar os ganhos econômicos conceituados acima, entretanto, não significando a impossibilidade de existência de concorrência no mercado.

2. DIREITO AUTORAL

Não é recente o interesse do nosso legislador em tutelar a atividade econômica derivada das capacidades personalíssimas dos artistas, entre eles os músicos. Remonta ainda ao período do império os primeiros ordenamentos que tratavam de matéria autoral. Todavia, o primeiro ordenamento em que apareciam enfoques centrais à matéria autoral foi a Lei 496, de 1º de agosto de 1898, a qual, pioneiramente, confere tratamento econômico, definindo os direitos em questão em móveis e transmissíveis. Entretanto, com o advento do Código Civil de 1916, a legislação de 1898 não teve vida prolongada, pois, com o fervor de um ideário de codificação das matérias privadas, fora revogada. O citado código continha diversos artigos que tratavam dos direitos de autor e que estavam inseridos dentro do contexto dos direitos de propriedade sob a remissão de “propriedade literária, científica e artística”.

Desde então, ao longo de todos esses anos, espaçadas no tempo, foram editadas inúmeras normas de matéria autoral, às quais nos dias de hoje culminaram com a atual Lei dos Direitos Autorais (9.610/98). Importante observar neste trecho o quanto essa matéria foi legislada no período do regime militar, tanto que foi em 1973 que tivemos a primeira lei específica sobre o tema, a 5.988/73, descodificando o assunto.

2.1. A LEI DE Nº 5.988/73

Com esta lei o autor ganhou mais destaque, passando a possuir maiores instrumentos de defesa dos seus interesses, principalmente frente aos meios de comunicação, os quais estavam desfrutando de pleno crescimento, com destaque para os televisivos. Dentre os instrumentos mais marcantes trazidos pela lei devemos dar destaque às sanções penais criadas que, conforme lembra BITTAR, “completava, pois, o cenário legal protetivo do criador na defesa dos vínculos de cunho pessoal e de cunho econômico que os unem às suas concepções literárias, artísticas e científicas”¹³. Considera ainda, o autor, que essa lei(a) reconheceu os dois planos de direitos, patrimoniais e morais;(b)conferiu-lhes regulação própria; (c) regeu a comunicação pública das obras intelectuais, que preveem relação exemplificativa; (d)disciplinou os contratos de direitos autorais: edição, encomenda, cessão de direitos, representação dramática e produção; (e) **estabeleceu sistema de controle prático de percepção de direitos, atribuindo ao Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA) a respectiva regência**; (f) estatuiu sanções de ordem administrativa e civil para violações a direitos autorais; (g) previu, inclusive, os casos de uso livre de obras¹⁴.

Devemos ainda pontuar aqui a criação do **Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD** – que fora criado com a função de centralizar toda a arrecadação e distribuição dos direitos autorais. A partir desse momento estava o Brasil positivando o sistema de gestão coletiva como meio de tutela desses direitos.

Essa lei, apesar de expressamente ter tutelado os interesses dos autores, estava, por meio da CNDA, que era vinculado ao Ministério da Cultura, possibilitando maior controle das atividades culturais (censura) por parte do Estado. Vale lembrar que o CNDA era o órgão que fiscalizava as atividades do ECAD, dentre elas as que diziam respeito à precificação deste produto e tinha ingerência dentro dessa associação, podendo inclusive interferir em questões administrativas.

Conforme dito, outros dispositivos não pararam de surgir, sempre complementando a lei de 1973. Contudo, em 1988 tivemos a promulgação da atual Carta Magna e a Lei nº 5.988, editada ainda sob os ares da ditadura militar, a qual

¹³ BITTAR (1999, p. 98).

¹⁴ BITTAR (1999, p. 97).

precisava se adequar aos novos tempos. Assim, com objetivos legítimos, mas com poucas alterações robustas, foi sancionada a Lei nº 9.610 de 1998.

2.2. A LEI DE Nº 9.610/98

Atualizando a legislação sobre direitos autorais frente à nova Carta Magna, tivemos então a edição da Lei nº 9.610 de 1998, que além de trazer a matéria para os novos tempos, também tratou de unificar a vasta coleção de normas que tínhamos sobre o tema e sistematizou em um único diploma as principais questões do assunto.

Trouxe alguns avanços em relação à legislação anterior, principalmente no que diz respeito aos efeitos das evoluções tecnológicas no direito autoral, as quais propiciam maior difusão das obras e consequentemente menor controle por parte do autor. Com este fim, de maior controle dos direitos, a lei manteve então o ECAD, entretanto, sem a instituição de qualquer órgão que fiscalizasse esse ente privado¹⁵, que passou a ter plenos poderes, os quais viriam por possibilitar que o ECAD e suas associações agissem à margem do Direito Econômico, conforme restará demonstrado.

Credita-se também à Lei nº 9.610/98 os recentes avanços no que diz respeito aos direitos conexos, trazendo conceituações, limitações e criando sujeitos de direitos que anteriormente não existiam. Não que a LDA de 1973 não o tenha feito, mas a de 1998 conseguiu ter maior abrangência.

Assim, percebe-se que fora uma lei necessária para os autores, principalmente frente a este novo panorama mundial globalizado, sem fronteiras, em que a tecnologia, ao mesmo tempo em que auxilia na verificação da utilização ou não de uma obra, também facilita a disseminação e dispersão não autorizada desses conteúdos. Porém, a lei traz consigo também algumas lacunas que serão cruciais do ponto de vista econômico. Ao não tratar explicitamente da atividade de fixação de preços e ao não estabelecer qualquer entidade fiscalizadora do ECAD, deixa assim brechas e prepara o ambiente para o cometimento de ilicitudes, que,

¹⁵A Secretaria Nacional de Direito Autoral fora extinta por meio da lei n 8.028/1990. Sua extinção embasou-se nos novos ideários democráticos, para os quais não havia mais espaço para intervenções estatais dentro das associações. Desde a promulgação da CF de 88 até o presente momento vivenciamos uma verdadeira necessidade de afirmar a liberdade associativa, prevista constitucionalmente, sem qualquer interferência estatal, como forma de evitar-se o retorno dos tempos de repressão.

disfarçadas por um monopólio legal e por um direito constitucional de associação, acabam por gerar ineficiências econômicas e ferir direitos difusos.

2.3. A LEI DE Nº 12.853 DE 2013

Esta lei de 2013 altera e acrescenta dispositivos à lei pretérita, qual seja, Lei nº 9.610/98. Questionados por muitos sobre o momento em que fora aprovada, pois o país encontrava-se sob fortes ondas de protestos que tinham como reivindicações basicamente uma atividade estatal mais presente e efetiva nas vidas de todos os cidadãos, as casas do congresso a aprovaram com tramitação recorde, gerando acusações de que faltaram debates entre aqueles que a defendiam e seus opositores. Como exemplos, de um lado Roberto Carlos, Caetano Veloso, Carlinhos Brown, Erasmo Carlos, entre outros; e do outro o ECAD e as nove associações que o compunham.

Fora do plano dessas discussões, a redação da lei traz importantes avanços e preenche várias das lacunas que a Lei nº 9.610/98 deixou em aberto, dentre elas as de ordem econômica, tema deste trabalho, e esclarece de maneira mais clara como deve funcionar no Brasil a gestão coletiva dos direitos autorais.

Trazendo essas inovações para a seara do Direito Concorrencial, iremos nos ater tão somente àquelas que mantêm direta relação com o fato de o ECAD e suas associações terem agido de maneira coordenada na cobrança de direitos autorais até o momento deste trabalho.

O primeiro destaque que devemos dar à nova lei está em seu art. 98 § 3º, que traz a seguinte redação:

Art. 98, § 3º - Caberá às associações, no interesse dos seus associados, estabelecer os preços pela utilização de seus repertórios, considerando a razoabilidade, a boa-fé e os usos do local de utilização das obras.

Ainda que timidamente, neste artigo já podemos perceber que o legislador restringe às associações, tão somente com os seus associados, o poder de estabelecer os preços. Não deixa claro este dispositivo a vedação ao ajuste de preços entre associações (o fará em artigo adiante), mas já descarta a possibilidade de o ECAD participar desta prática, sendo ele mero cobrador dos valores

estipulados e cobrados pela Associação. Reforça este entendimento no § 8º do art. 99:

Art. 99, § 8º - Sem prejuízo do disposto no § 3º do art. 98, as associações devem estabelecer e unificar o preço de seus repertórios junto ao ente arrecadador para a sua cobrança, atuando este como mandatário das associações que o integram.

Quando o dispositivo diz que “*as associações devem estabelecer e unificar o preço de seus repertórios junto ao ente arrecadador*” poder-se-ia à primeira leitura vislumbrar uma permissão legal para a prática de cartel entre tais entidades, excetuando somente o ECAD, pois o plural “*as associações*” dá a entender que elas, juntamente, irão estabelecer e unificar os preços. Entretanto, este não deve ser o entendimento a ser levado, pois, logo adiante, no art. 99-B, o legislador cuidou de se prevenir desta dúvida, deixando claro que tais entidades associativas deverão obedecer à legislação concorrencial, tal como se lê:

Art. 99-B – As associações referidas neste Título estão sujeitas às regras concorrenciais definidas em legislação específica que trate da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Como a legislação antitruste considera crime a prática de cartel e esta significar o ajuste entre concorrentes, restou vedada a precificação das obras musicais de maneira conjunta. Deve-se ser entendido que as associações irão, juntamente com o autor, estabelecer os valores e informar ao ECAD quanto se cobra pelo repertório do qual ela detém os direitos de representação.

Ainda na seara econômica, a atualização da Lei nº 9.610/98 trouxe uma importante prevenção às práticas de cartel. Mesmo no artigo 99-B estando expressa a obediência deste setor da economia aos ditames da lei antitruste, o legislador teve por bem deixar claro sua opção pela defesa da livre concorrência no art. 99-A, dizendo que é vedada a criação de qualquer tipo de barreira à entrada de novos agentes econômicos, nesse caso, as associações. Tratou de facilitar a criação de novos entes capazes de figurar como tal, de maneira a incentivar a concorrência, e colocou sob a responsabilidade do Ministério da Cultura a fiscalização e cadastramento dessas entidades associativas. Assim diz a nova lei:

Art. 99-A - O ente arrecadador de que trata o caput do art. 99 deverá admitir em seus quadros, além das associações que o

constituíram, as associações de titulares de direitos autorais que tenham pertinência com sua área de atuação e estejam habilitadas em órgão da Administração Pública Federal na forma do art. 98-A.

Como se percebe da mais recente alteração à Lei nº 9.610/98, tratou o legislador de sanar as dúvidas que pairavam na matéria Direito Autoral no que diz respeito à possibilidade de concorrência ou não. Explicitou sua vontade que ficara deturpada durante anos, mas que agora veio a elucidar os questionamentos que impediam uma aplicação da lei antitruste mais eficaz.

2.4. DIREITOS DE AUTOR E COAUTOR

Toda música precisa de uma autoria e toda autoria é regada de elementos intrínsecos de seu autor. Assim, elementos personalíssimos de cada músico, ou simplesmente autor, acabam por traspassar-se para aquela arte que ele acabara de criar, de inovar no mundo, de fazer-se inédito. “Autor, como agregador ao real de coisas nascidas de seu espírito, é o criador da obra intelectual, idealiza e torna objetiva a sua idealização, transmutada, assim, em obra. O fenômeno da criação parece-nos, deste modo, como um conjunto complexo de operações mentais, de natureza variada, onde a sensibilidade e a razão se fundem como tese e antítese, e desse processo dialético surge a obra de arte”¹⁶.

Ao se reconhecer os direitos que um criador tem à sua obra está nitidamente interpretando-se que aquilo que se concretizou, que saiu do mundo abstrato do intelecto, merece ser vinculado ao ente que lhe deu causa e deve com isso a ele ser atrelado. Os direitos de propriedade que o autor terá sobre aquela obra serão, então, de natureza real, podendo ele desfrutar das prerrogativas privadas que a lei lhe assegurar. Ou seja, é a transposição de um bem que aquela pessoa até então tinha como habilidade para o mundo do concreto, materializando sua riqueza tida como abstrata e que por isso não poderia ser quantificada ou qualificada.

O mundo fenomênico então se altera com a vinda desse novo bem. Tudo aquilo que essa invenção fizer jus será creditado ao seu criador e por isso nascem direitos para ele, pois foi quem deu causa.

¹⁶ FRAGOSO (2009, p. 185).

Nesse mesmo diapasão devem ser tidos aqueles que contribuíram sobremaneira para a criação de uma obra. Quando sua nascerça foi condicionada à participação de uma ou mais pessoas, entende-se que, sem estes, os quais são tidos como coautores, ao menos a essência da obra não seria a mesma. A simples influência que uma pessoa pode gerar na arte já é suficiente para entender-se que o fenômeno seria diferente caso ela estivesse ausente.

Em se tratando de valoração, do *quantum* um coautor influenciou em uma obra, a legislação permite que seja arbitrado previamente entre os autores e coautores, o que consequentemente alterará todo o cenário jurídico após a criação da música, haja vista passarem a ter direitos proporcionais ao pactuado anteriormente.

Há ainda, dentro do Direito Autoral (gênero), uma segunda espécie de direitos, qual sejam os conexos, que são mais complicados do ponto de vista de delimitação dos seus titulares. Diz respeito àqueles indivíduos que participam da exteriorização da música, dando mais vida e projeção. São direitos que ganharam destaque quando começou a se utilizar economicamente da música, principalmente dentro dos inúmeros meios de comunicação que foram surgindo com o passar dos anos.

2.5. DIREITOS CONEXOS

A importância desses direitos está intimamente relacionada com os avanços tecnológicos. Em se tratando desses avanços, as ferramentas por ela proporcionadas viabilizou o uso de uma obra (música) em tempo futuro, sem necessariamente contar com a presença de seu autor ou mesmo de seu intérprete. Ou seja, uma obra musical poderia ser escutada, ouvida, em qualquer momento, pois o uso de uma fita K7, CD, ou mesmo uma transmissão feita via rádio ou TV, prescindia da presença de um músico para sua execução, já que estava ela afixada em algum meio. Diante disso, os direitos conexos surgem como um reconhecimento ao papel dos atores que possibilitavam que a música pudesse ser escutada.

Além disso, tais direitos cuidam de compensar ao trabalho de indivíduos que possibilitaram que uma obra se tornasse perceptível. Ou seja, ainda que a letra esteja composta e seus arranjos finalizados, esta criação não seria sentida, percebida, não se faria ser algo no mundo real se não houvesse um músico para

tocá-la, um intérprete para cantá-la, um produtor fonográfico para criar um fonograma e assim uma gravadora afixar esse trabalho em algum meio físico (CD, DVD, K7, vinil) e uma transmissão para fazê-la se propagar mundo afora. Entende-se, portanto, que esses indivíduos, fundamentais para que a música se faça viva, possuem também direitos atrelados à obra. São direitos conexos ao trabalho principal do autor, configurando-se como direitos dependentes do direito de autor, pois este último figura como matéria prima fundamental para que os intérpretes, produtores ou gravadoras desenvolvam seu trabalho.

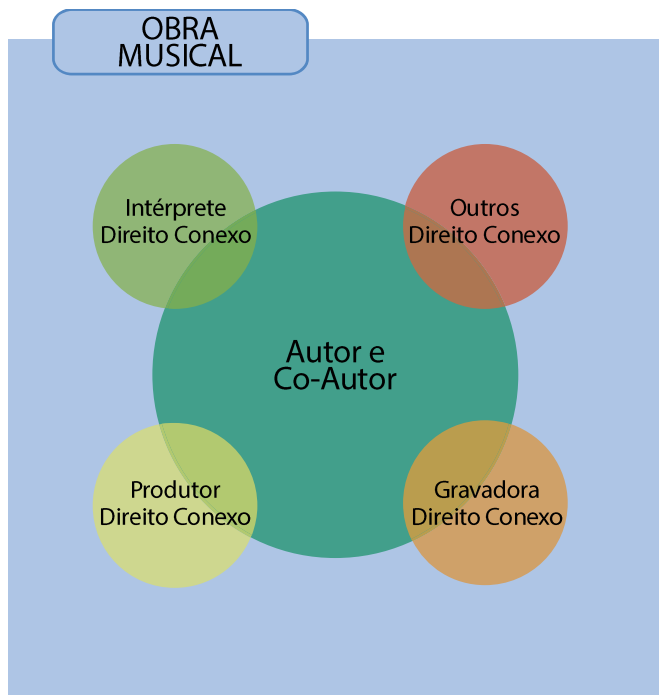
Esta noção de conexão com o direito de autor explica-se pelas circunstâncias em que as três categorias de beneficiários mencionadas (artistas intérpretes, produtores fonográficos, organismos de radiodifusão) aportam aos autores o concurso de sua atuação para permiti-lhes transmitir ao mundo suas mensagens, constituídas pelas obras literárias e artísticas¹⁷.

Assim sendo, podemos com clareza acompanhar BITTAR na conceituação de direitos conexos como os direitos reconhecidos, no plano dos de autor, a determinadas categorias que auxiliam na criação ou na produção, ou ainda, na difusão da obra intelectual¹⁸.

¹⁷ AFONSO (2009, p. 68).

¹⁸ BITTAR (2003, p. 152).

Quadro 1: Representação Gráfica mostrando os indivíduos que compõem o quadro de Direitos de determinada obra musical



3. DELIMITAÇÃO DO MERCADO ECONÔMICO MUSICAL

A Lei dos Direitos Autorais não tutela somente as artes musicais, mas toda uma gama de criações do espírito expressas ou fixadas por qualquer meio¹⁹. Com isso temos que a LDA protege, assim como as artes musicais, as artes cênicas e visuais. Tanto as obras literárias, quanto as orais, dramáticas ou coreográficas são também tuteladas pela lei nº 9.610/98.

Com relação às obras as quais dirijo meu estudo, faço referência tão somente às artes de caráter musical ou lítero-musical, e coloco no ponto central a conduta cartelizante do ECAD e suas Associações.

É estabelecido por lei que o ECAD tem competência para arrecadar e distribuir os valores devidos referentes aos direitos autorais sobre obras musicais ou lítero-musicais em consequência de sua execução pública. Ocorre que, apesar de parecer simples do ponto de vista econômico, a mera execução de uma música não representa tão somente uma contraprestação financeira ao autor pelo uso de sua propriedade. Por trás dessa propriedade existe uma variedade de atores que influenciam na lógica de produção deste mercado, conferindo maior complexidade à

¹⁹FRAGOSO (2009, p. 127).

cadeia produtiva do produto música, lítero-musica, ou fonogramas²⁰; sendo que ao fim deste processo temos uma bem de titularidade múltiplas, configurando uma espécie de propriedade de posse compartilhada pelos diversos atores que de sua construção participaram, mas que não deixa de ser um produto específico, foco desta análise.

Apenas para elucidar melhor as conceituações, pois ao ler “obra musical ou lítero-musical” o leitor fica na curiosidade de saber qual a diferença existente entre essas duas, haja vista terem denominações parecidas. Temos, pois, que obra musical diz respeito a toda construção sonora a que se possa identificar, sem, no entanto, possuir texto ou letra atrelada a este som. Já as obras lítero-musicais são aquelas que possuem um texto ou letra vinculada a esta construção sonora e o fonograma, por sua vez, consiste na fixação da interpretação dessa composição musical ou lítero-musical em algum meio físico. Em síntese, cada faixa de um CD, DVD, ou qualquer que seja o objeto, será tido como um fonograma.

Considera-se, portanto, que sob a ótica do produto o mercado relevante consiste da comercialização dos direitos autorais sobre obras musicais, lítero-musicais ou fonogramas. Do ponto de vista geográfico, as atuações do ECAD e suas Associações restringem-se ao território nacional, de maneira que quando as músicas são executadas internacionalmente, a competência para a cobrança se transfere para a autoridade local ou pessoa competente, por meio de convênios realizados diretamente entre as Associações e as pessoas responsáveis pela cobrança no país em questão.

3.1. DOS AGENTES

3.1.1. DAS ASSOCIAÇÕES

Dentro de um cenário econômico as associações representativas dos direitos de autor e conexos desenvolvem papel fundamental que possibilita a cobrança e distribuição dos direitos autorais. Apesar de terem um caráter de cunho associativo e representativo, assegurado pela Constituição, percebe-se que elas se tornaram elemento importante na viabilização das atividades econômicas deste mercado, possibilitando redução de custos *a priori* exorbitantes.

²⁰Tais atores foram exemplificados e elucidados no subtópico 2.4 e 2.5, respectivamente Direitos de Autor e Direitos Conexos.

Como foi possível observar no tópico anterior, uma obra musical ou lítero-musical pode ter diversos autores, ambos detentores de direitos, e também diversos outros protagonistas que terão direitos sobre a execução pública de uma música. Tanto um autor, quanto um produtor, constituem-se naturalmente como pessoas físicas, e na maioria dos casos, representam indivíduos hipossuficientes frente às empresas que mais se utilizam de obras musicais, como redes de TV, Rádio ou produtores de eventos. Assim, seria difícil a cobrança dos direitos autorais caso cada indivíduo sozinho fosse cobrar seus direitos em todo o território nacional. Não seria uma atividade onerosa somente aos autores, interpretes e entre outros, mas também seria custoso para aqueles que usam dessas obras, pois negociar com cada um dos interessados geraria gastos muito maiores que negociando em conjunto.

O autor de uma música dificilmente teria controle sobre cada vez que sua obra fosse executada nos quatro cantos do país, e uma emissora de rádio, por exemplo, teria que sentar para negociar com o autor, com um coautor, com o produtor fonográfico, com o intérprete, entre outros.

Desta maneira foi que surgiram as Associações dos titulares de direitos autorais, viabilizando uma cobrança mais efetiva e menos custosa. Assim, cada Associação detinha um quadro de titulares e passava a cobrar por eles os direitos aos quais estes tinham frente a uma execução pública de sua obra, gerando um cenário com múltiplas associações. Nesta multiplicidade de representatividades encontramos uma organização econômica complexa, pois dentro de uma música encontram-se autores pertencentes a uma associação e coautores pertencentes a uma segunda associação, e ainda, um interprete associado a uma terceira entidade. Ou seja, os custos que *a priori* as associações se propunham a diminuir acabavam por não deixar de existir, haja vista que da mesma forma que cada titular fosse cobrar seus direitos, cada Associação isoladamente também ia cobrar sua parte. É neste sentido que se fará necessáriaa criação de uma entidade que unificasse toda a cobrança e repasse, figurada em nosso sistema no ECAD, melhor explicado no tópico adiante.

De toda forma, a legislação continuou por defender a autonomia das Associações que, pela lei, teriam plenas capacidades para especificar os valores que seus titulares cobrariam pelos seus direitos. Caberia a cada entidade tão

somente representar seus associados, de maneira a defender seus interesses, não importando se em uma obra exista autores de diversas Associações, cada um deles isoladamente determinariam o preço que cobram pela sua parte na obra, sendo isso plenamente viável com as tecnologias existentes hoje em dia, conforme restará demonstrado.

3.1.2. Do ECAD

Comumente chamada de associação das associações, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição fora primeiramente instituído pela Lei de Direitos Autorais de 1973, a qual instituiu também a extinta Secretaria Nacional de Direito Autoral, cuja função era fiscalizar o trabalho do ECAD. O objetivo principal do escritório era primordialmente de cunho econômico, uma tentativa de alcançar ganhos de escala, pois com uma carteira maior de obras para serem cobradas, os custos fixos de manutenção da entidade diluíam-se em maior proporção. Tentava-se também apresentar um trabalho mais efetivo na fiscalização do pagamento desses direitos e com isso melhorava a remuneração de toda a classe de autores, músicos, interpretes, entre outros.

Até a vigência da SNDA o ECAD tinha sim como características primeiras justamente esse ganho econômico para suas Associações, e consequentemente para os titulares de direitos, toda via, com a extinção da SNDA, criou-se um vazio e uma lacuna na fiscalização dessa função, possibilitando que este escritório passasse a desempenhar outras tarefas, não defesas em lei, tais como a formação de cartel, sempre sobre o discurso de representação associativa e de uma entidade necessária para a efetivação dos direitos. Percebe-se então que o papel desempenhado pelo Estado através da SNDA era de crucial importância para o mantimento do ideal funcionamento do ECAD, proporcionando tão somente o saudável desempenho deste setor da economia sem prejudicar outros.

Hoje o ECAD é dirigido por nove associações, mas somente seis delas são tidas como efetivas, podendo com isso participar, por meio de seus representantes, da administração e da tomada de decisões. Com as alterações à Lei nº 9.610, realizadas em 2013, por meio da Lei nº 12.853, esse cenário de oligopólio na gestão do ECAD irá mudar, tendo os seus dispositivos estabelecido que caberá a

um órgão do Ministério da Cultura regular a criação de novas Associações e as atividades de gerencia do ECAD.

Constituído até então por uma Superintendência, subordinada à Assembleia Geral (que é formada pelas nove Associações), o ECAD vem servindo na verdade como uma camuflagem para o cometimento de crimes econômicos, pois, proporciona ambiente favorável para a prática de tais atos sem qualquer previsão legal. Seu papel inicial era o de proporcionar economias de escala e redução dos custos de transação por meio de uma cobrança conjunta dos direitos autorais.

Por determinação legal, caberia a esta entidade apenas **arrecadar e distribuir** os direitos autorais, não determinando que fossem também estabelecidos os valores. Ou seja, seria um mero operador de um sistema, onde as Associações ou os próprios titulares determinariam os valores a serem cobrados. Elas são livres para atuarem no mercado como bem entenderem, sem prática coordenada, sem ajuste de conduta. Assim, o ECAD existiria justamente para viabilizar que cada Associação agisse independentemente uma das outras sem que isso gerasse aumento dos custos, tanto para os titulares dos direitos quanto para aqueles que deles se utilizam. Essa é a razão de ser do ECAD.

3.2. GESTÃO COLETIVA

A gestão coletiva dos direitos autorais encontra fundamento prático justamente sobre questões primordialmente econômicas, consistindo em uma busca por uma cobrança mais efetiva dos direitos relativos à execução musical por meio de sua viabilização financeira.

Um autor tem seu direito à exclusividade de uso de sua obra assegurado pela Constituição, todavia pode ele autorizar, onerosamente ou gratuitamente, seu uso por terceiro. Nesse ponto começa a nascerem as dificuldades de cobrança por parte do autor. Seria impossível para ele fiscalizar e cobrar em todo o mundo todas as vezes que sua obra fosse executada. Assim, vários autores coletivamente unidos em uma entidade, associação, conseguem ter maiores condições de garantir a efetividade de seus direitos, e é aqui que os ganhos econômicos aparecem.

Na medida em que uma associação gerencia um número maior de obras e coletivamente pode autorizar suas execuções, os gastos concentram-se em uma única pessoa, os esforços também e por isso os “gastos energéticos” reduzem a

uma só operação da atividade. A produção apresenta maior escala e o que antes necessitaria da elaboração de vários contratos, um para cada autor, agora resumirá em apenas um, que será entre a associação (ECAD) e o usuário da obra.

Assim, gestão coletiva é a “possibilidade de uma associação, constituída por uma pluralidade de pessoas, como sua própria natureza jurídica já ordena cobrar a contraprestação pecuniária pela fruição ou utilização pública da obra artística ou cultural²¹”, sendo que dessa gestão advirão ganhos econômicos.

No Brasil houve um período em que esse papel fora desempenhado pelas Associações que representam os titulares dos direitos de autor e dos respectivos direitos conexos, todavia, a pluralidade de Associações conferiu ao mundo real uma verdadeira confusão no licenciamento, em que o usuário não sabia para quem pagar os direitos e os titulares por vezes também se viam perdidos por não saberem, consequentemente, de qual Associação cobrar sua prestação pecuniária de direito. Daí a necessidade de criação do ECAD, pessoa jurídica de direito privado criada por lei que passou a gerir os direitos autorais relativos a obras musicais, lítero-musicais e fonogramas. Passou o Escritório Central a exercer a função precípua que caberia às Associações, porém impossibilitado devido a pluralidade delas.

Com o diploma de 73 coube ao ECAD executar esse papel de incubador das atividades musicais no país, reduzindo os custos e efetivando a cobrança dos direitos. Resumidamente, o ECAD tinha e tem “legitimidade plena e exclusiva para arrecadar e distribuir direitos derivados da execução pública de obras musicais, lítero-musicais e de fonogramas. Nada além, nada menos!”²².

4. SOBRE A ATIVIDADE DE ARRECADAÇÃO

Possível observar que a atual forma de arrecadação das verbas pecuniárias relativas à execução pública de obras musicais, lítero-musicais e fonogramas se dá com base em dois pilares fundamentais da gestão coletiva no Brasil: (a) uma licença única (*BlanketLicense*) para todas as obras e (b) um repertório compartilhado entre toda a base de obras disponíveis.

Aparentemente esses dois pilares podem se confundir, e verdade seja dita, eles necessitam de uma coexistência para a viabilização do atual sistema de

²¹ <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cdf61037d7053ca>, acessado em 20/10/2013.

²² FRAGOSO (2009, p. 373).

cobrança de direitos autorais, todavia, é necessário distingui-los. A *BlanketLicense*, ou licença cobertor, diz respeito a abrangência do licenciamento obtido junto ao ECAD. Carrega essa denominação porque após se licenciar junto ao escritório, o usuário poderá usar indiscriminadamente de qualquer obra musical registrada junto ao ECAD, ou seja, é uma licença que abrange todas as obras, ainda que não pretendidas pelo licenciado, e funciona como uma manta que cobre todas as obras. Assim, não é possível que o usuário escolha qual música ele quer executar e consequentemente pagar pelo que efetivamente usufruiu, inviabilizando uma cobrança específica por obra ou fonograma. Em suma, quando o usuário se licencia junto ao ECAD ele obrigatoriamente paga pelo licenciamento prévio de todas as obras que o escritório possui.

Por sua vez, o repertório compartilhado diz respeito justamente ao rol de obras que o ECAD possui. Com a união das Associações, criando o Escritório Central de Arrecadação, todos os fonogramas foram compartilhados entre todas as Associações, de forma que elas passaram a ser apenas representantes dos titulares das obras. Isso diz respeito tanto pelo fato de o licenciamento se dar por meio da licença cobertor, quanto pelo fato de na construção de uma obra aparecer titulares representados por mais de uma associação.

Importante frisar que para a existência da gestão coletiva não é crucial que se adote a modalidade de licenciamento do tipo *BlanketLicense*, o qual foi apenas uma opção feita pela gestão da entidade responsável pela gestão coletiva no país. Frente aos tipos de licenciamento disponíveis, podemos citar alguns, tais como²³:

Licença por Programação: permite executar todo o repertório da associação em determinados programas do licenciado.

Licença direto para o telespectador: abrange duas ou mais execuções públicas da obra musical, por dois ou mais usuários; evita a cobrança dupla ou múltipla. Exemplo: rede de TV que transmite seus programas para rede de TV local.

Licença por uso: permite executar todo o repertório da associação, mas só cobra os direitos autorais do que foi efetivamente executado.

²³<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B6EA45A77-BF51-4663-BDFF-B4D7FEE32E41%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>. Acessado em 27/10/2013.

Licença direta/na fonte: negociação individual, direta com o detentor do direito autoral (não intermediada por associação).

Outro meio de licenciamento seria a *Per programlicense*, que nas considerações de TORRI chega a ser uma licença similar a uma *BlanketLicense* na medida em que autoriza o usuário (normalmente uma estação de rádio ou de televisão) a usar todos os títulos do repertório da entidade de gestão²⁴. Nesta modalidade a licença é emitida com a finalidade de permitir a utilização da obra em um programa de rádio ou detelevisão específicos e cabe ao usuário informar à entidade arrecadadora toda a programação utilizada para que seja feito o repasse aos detentores dos direitos daquelas musicas executadas.

Com respeito aos repertórios compartilhados verifica-se que podem ser facilmente acordados entre as partes titulares ou entre as Associações a maneira que se dará seu uso, sempre livres de qualquer imposição de conduta. Todas essas alternativas, tanto para os tipos de licenciamento, quanto para os repertórios, são perfeitamente adequáveis ao sistema de gestão coletiva adotada por nossa legislação, fora àquelas não imaginadas até o momento, que o direito privado permite a qualquer hora sua criação, pois o livre ajuste de interesses, desde que não proibidos por lei, é plenamente possível.

4.1. A ATUAL PRÁTICA DE ARRECADAÇÃO

Toda a atividade de arrecadação encontra-se centralizada dentro do ECAD, o qual possui a competência restrita de arrecadar e distribuir. Nesse sentido, cabe à Assembleia Geral desta entidade deliberar sobre como será feita esta atividade e quais serão seus mecanismos de efetivação.

Por meio de decisão conjunta das Associações que formam a Assembleia, vigora hoje uma sistemática que busca diferenciar o usuário de acordo com a finalidade que este destinará à obra e o grau de importância que uma execução musical tem para o negócio do usuário, maneira que deixa mais caro o licenciamento quando a execução for imprescindível para a concretização da atividade do licenciado.

²⁴ TORRI (2011, p. 85).

Segundo as regras estabelecidas pelo ECAD, os usuários são diferenciados em níveis, pela região em que se encontram, de acordo com a atividade que exercem e com sua capacidade financeira²⁵.

Tais usuários podem ser classificados em²⁶:

Permanente: aquele que utiliza direitos autorais de forma constante, habitual e prolongada em sua atividade profissional;

Eventual: Utiliza obras musicais sem habitualidade;

Rádio/TV: utilizam as obras musicais através da radiodifusão (emissoras de rádio e TV);

Novas Mídias: aquele que utiliza as obras musicais através da internet, telefonia móvel e novas mídias.

No atual sistema de arrecadação não podem ser escolhidas quais obras se deseja usar e assim pagar apenas o valor relativo à execução do repertório escolhido, de forma que para a obtenção da licença sobre uma obra é necessário a obtenção de todo o repertório compartilhado. Quando se licencia uma musica, está também licenciando todas as musicas existentes sobre a tutela do ECAD. Isso gera efeito negativo na concorrência quando analisada a atividade de arrecadação. Não existe estímulo econômico para que um autor ou outro duelem dentro deste mercado, pois um deles conseguindo vender a licença de sua obra para um usuário, necessariamente o concorrente terá direito a uma parcela do valor pago, se executada sua música. Assim, esse sistema gera ineficiências e aumento de custos para os licenciados.

Apesar de existir diferenciação dos preços cobrados, os quais dependem da atividade do usuário, para a presente análise o importante é notar que esses preços são impostos pela ECAD e não são mensurados através de uma livre negociação. Ainda que para usuários eventuais o custo seja X, para rádios e TVs seja Y e para eventos musicais seja Z, é notória a existência de um tabelamento que impossibilita a competição entre os *players* na atividade de arrecadação.

A concorrência é ainda mais deficitária quando analisamos os modos de precificação. O ECAD, em conluio com as Associações, ajustam os preços dos direitos autorais não sobre a música específica executada e pela quantidade de vezes que fora reproduzida, mas sim por um fator que em nada estimula a

²⁵Estatuto do ECAD.

²⁶Extraído do Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83.

concorrência. Estipulam o escritório e suas associações uma base de cálculo, que vai depender do tipo de usuário, que não guarda relação com o produto em si mesmo. Em seus cálculos o ECAD cobra uma determinada porcentagem, a depender do licenciado, que irá incidir em uma base que, também a depender do usuário, pode ser desde seu faturamento até a área do estabelecimento aonde será utilizada a música. Ou seja, o fator produto fica de fora da precificação, o que inviabiliza a concorrência, pois o aumento na arrecadação guarda uma relação direta com o aumento da base de incidência, que por sua vez depende única e exclusivamente do próprio usuário, não importando se será executada música A ou B. Fazendo uma analogia, é como se ao comprar um carro o modelo escolhido não importasse no valor a pagar por ele, mas tão somente o uso que se dará ao veículo e a capacidade financeira do comprador.

A arrecadação poderia ter concorrência em função do tamanho do repertório escolhido, mas como visto, este é fixo: licenciou uma música e automaticamente está licenciado para todas as demais.

Sob essa perspectiva cai por terra a justificativa das Associações e do ECAD de que é inviável a concorrência neste mercado, pois se percebe que o que dá causa a falta de uma disputa é a sistemática adotada para o licenciamento das obras, pauta na modalidade *BlanketLicense* e no uso de um repertório compartilhado²⁷.

O que se percebe com o atual modo de gestão coletiva dos direitos autorais é que ele aniquila a concorrência neste segmento, vez que os usuários não dispõem do direito de negociação. Por hora, se vê também que é um sistema onde autores de menor grau de visibilidade, ou iniciantes, não possuem vez para divulgar seu trabalho, pois ao adquirir licença do tipo coberto (*BlanketLicense*) e que abrange todo o repertório compartilhado, os usuários (eventuais, rádio, TV) preferirão executar as obras mais famosas, conhecidas, já que lhe dará um maior retorno, e assim cada vez mais os “pequenos” autores perdem espaço. É um sistema que prejudica não só os usuários, mas grande parte dos próprios autores.

²⁷ Entendimento este exaurido no voto do Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça no Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83, página 86. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE (Representante: Associação Brasileira de Televisão por Assinatura – ABTA. Representadas: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD e as Associações representantes dos Titulares de Obras musicais, lítero musicais e fonogramas.

4.2. POSSIBILIDADE DE CONCORRÊNCIA NA ARRECADAÇÃO

Em se tratando de arrecadação é possível estabelecer concorrência neste mercado em dois momentos da negociação entre usuário e licenciante, ambos necessitando para sua efetivação tão somente a possibilidade de escolha do repertório a ser executado. São eles: (a) entre usuário e as Associações e, (b) entre as Associações e os Titulares dos direitos autorais²⁸.

Entre os usuários e as Associações é plenamente plausível estabelecer regime concorrencial na negociação pela base de incidência e pelo tipo de tarifa a ser cobrado. Ou seja, em busca de alcançar o maior numero de usuários, as Associações concorreriam entre si nesses fatores e por sua vez os usuários escolheriam o repertório possuído pela Associação que oferecesse melhores condições. Em relação à base de incidência, já transcorremos que elas podem variar desde o faturamento do usuário até mesmo à área do estabelecimento onde será utilizado o repertório. Já no que se refere ao tipo de tarifa ou licenciamento foi dito nas exposições iniciais sobre a atividade de arrecadação algumas modalidades diferentes da *BlanketLicense*. Em ambos os casos, a concorrência no setor irá proporcionar ao usuário a oportunidade de escolher aquela que tiver a melhor oferta para suas condições.

Com respeito a preocupação de como se daria a verificação das obras que de fato foram utilizadas, convém notar que a obtenção dessas informações é baixo custo e: (i) o ECAD exige dos usuários o envio da relação das obras utilizadas, (ii) o próprio ECAD assume fazer uso das mais avançadas tecnologias que possibilitam estabelecer, de forma eletrônica, as musicas e repertórios utilizados, tendo ele mesmo desenvolvido sua própria ferramenta, o “ECADTEC”. Nesse diapasão, uma vez de posse do repertório a ser executado, informação essa já de posse do ECAD²⁹, as Associações e os usuários iniciariam um processo de negociação, onde deve existir a livre concorrência. Ressalta-se que, ainda que o ECAD questione a efetividade no uso restrito do repertório informado pelo usuário (alegando que após licenciado este usaria indiscriminadamente de outras obras), é

²⁸Voto do Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça no Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83, página 83. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Página 86.

²⁹O ECAD tanto tem estas informações que faz uso delas para distribuir o faturamento entre seus associados. Ele não o utiliza na prática de arrecadação, mas para distribuição ele faz uso dessas informações no intuito de calcular quanto cada Associação ou titular receberá. O assunto Distribuição das receitas será melhor explicado no tópico seguinte.

justamente para essa fiscalização que se instituiu o ECAD: trabalhar em prol dos titulares dos direitos autorais no intuito de se evitar fraudes, diminuir custos de transação e fazer todo o trabalho em defesa dos autores, o que não inclui servir de *proxy* para a prática de ilicitudes.

5. SOBRE A ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO

A distribuição das receitas do ECAD acontece com base nas informações obtidas na arrecadação. Conforme delineado, durante o processo de licenciamento, o usuário pode informar o repertório utilizado bem como o ECAD pode optar por fazer uma gravação da execução realizada, ambas as formalidades necessárias para averiguação das obras executadas e assim posteriormente informar o departamento do ECAD que fica responsável pela distribuição para que se destinem as quantias que caberão a cada autor ou detentor de um direito conexo.

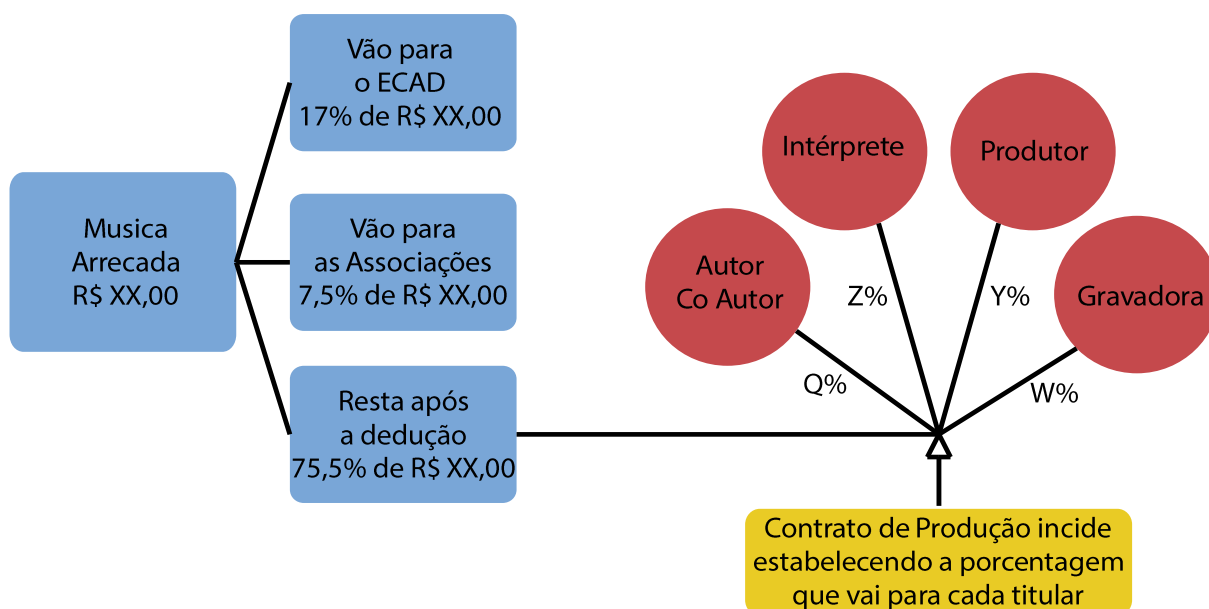
Percebe-se que para a mensuração do quanto cada titular receberá ao final de um transcurso de certo tempo (normalmente um trimestre) é primordial que se faça um cálculo em que se descubram quantos por cento do valor total arrecadado pelo ECAD vai para cada detentor de direitos. Grosso modo, o cálculo a ser feito seria uma simples regra de três, por exemplo: se o ECAD arrecadasse R\$ 100,00 durante um mês por terem sido executadas 100 músicas/lítero-músicas/fonogramas (contando repetidas ou não), e nesse contexto, se certa música tivesse sido executada 15 vezes, então esta música receberia R\$ 15,00 (adotando que o preço é igual entre as obras) e posteriormente, entre seus autores, interpretes, editores, etc., seria realizada outra divisão, de acordo ao contrato de produção feito no momento em que se criaram a obra (se o contrato estabelecesse que o autor ficaria com 50%, o intérprete com 25% e o editor outros 25%, assim a porcentagem seria calculada sobre os R\$ 15,00 destinados àquela música).

Existe, porém, uma necessidade que torna os traços dessa distribuição de receitas um pouco mais complexos e diz respeito à manutenção das entidades envolvidas nesse processo de cobrança de direitos, pois, como afirmado, existem altos custos por trás, e necessitam serem custeados justamente pelos titulares dos direitos. Veremos adiante que, tanto o ECAD quanto as Associações retém porcentagem fixa em relação aos valores arrecadados acerca das receitas dos direitos autorais. A justificativa para a retenção dessas porcentagens é justamente

custear a operação desse sistema, que logicamente, não é gratuita, mas também não é, conforme estabelecido por lei, com fins lucrativos. Comumente falando seriam despesas operacionais.

De todo modo, convém lembrar que, no caso do exemplo criado acima, o valor que chegaria para divisão entre os titulares dos direitos autorais e conexos da música que faturou R\$ 15,00 reais não seriam este valor integralmente, mas sim ele deduzidos da porcentagem que vai para o ECAD e para as Associações, sendo que a base de cálculo para incidência dessas porcentagens serão os R\$ 15,00, mas para a incidência dos direitos acertados contratualmente entre o autor, interpretes e editores, será os R\$ 15,00 menos a fatia que couber ao ECAD e Associações.

Quadro 2: Demonstração da prática de distribuição considerando-se uma música



Importante notar que, ao contrário do praticado na atividade de arrecadação, na distribuição o ECAD considera individualmente as músicas utilizadas por cada licenciado. Foi observado que na arrecadação independe da obra que o usuário executará para poder calcular o valor a ser cobrado (licenciamento da modalidade *BlanketLicense*), todavia, na distribuição o ECAD faz uso das informações fornecidas pelo usuário e calcula quanto cada música receberá do valor cobrado pelo escritório. Ou seja, percebe-se uma incongruência entre as atividades da própria entidade, pois, a alegação de que é inviável mensurar e calcular quanto ficaria o licenciamento em uma modalidade diversa da Licença Cobertor, no momento de se distribuir as receitas às obras são levadas em consideração isoladamente e assim cada uma recebe sua receita de direito. Percebe-se que é

possível sim utilizar-se das informações trazidas pelos usuários, para colocar em prática. No modelo que vige não há estímulos para concorrência na arrecadação, e ainda que em pouca medida, existe na distribuição, entretanto, fica prejudicada esta por depender financeiramente da primeira prática, responsável por gerar receitas. Assim, a própria falta de concorrência na arrecadação acaba por aniquilar a concorrência na distribuição.

Por fim, destaca-se a questão das porcentagens que cada Associação leva, a título de custeamento de suas atividades. Conforme comprovado pelas atas de assembleias do ECAD³⁰, elas são estabelecidas de forma unificada, onde as Associações em conluio estipulam quanto vão cobrar dos titulares de direitos. Caso houvesse a livre concorrência, cada Associação ficaria livre para cobrar o valor que tivesse por bem e assim cada titular buscaria se associar àquela entidade que oferecesse as melhores condições, seja por preço (porcentagem que cobra de cada música), seja por outros quesitos como prestação de serviço. Ressalta-se que para receber os direitos autorais e conexos é obrigatório por lei que o titular esteja associado a uma Associação.

6. A PORCENTAGEM RETIDA PELO ECAD E PELAS ASSOCIAÇÕES

A título de custeamento das despesas de operacionalização o ECAD retém de cada repasse que faz a porcentagem de 17%. Esse montante que o escritório cobra fica sob a justificativa de que são necessários para fins de garantir o direito dos titulares dos direitos e servem para custear os salários dos seus funcionários, dos fiscais, o aluguel de sua sede e filiais, investimento em tecnologia, contratos, advogados, traslados de diretores, entre outros. Resumindo, são exatamente despesas das quais tratamos quando falamos sobre Direito da Concorrência e os custos de transação. O escritório sozinho abarca com tais custos e assim reduzem demasiadamente tais despesas que seriam suportadas por cada titular considerados isoladamente. Assim, de fato o ECAD comprova a sua necessidade, todavia, é questionável essa porcentagem, haja vista ser considerado um valor muito alto, ainda mais se comparado com grandes empresas. Um taxa de retorno de 17% por cento é praticamente a mesma taxa de retorno que as maiores companhias do mundo adotam. É questionado principalmente quando se calculam

³⁰Atas constantes no Processo Administrativo julgado pelo CADE sob o nº 08012.003745/2010-83.

as despesas da entidade, pois, se ela realmente tivesse os custos no montante de 17% sobre os mais de R\$ 600 milhões³¹ que arrecadou em 2012, então não está a Associação reduzindo despesas globais, que é o que justifica economicamente a sua existência e assim não mais se faria necessária sua presença. De toda forma, 17% é considerado uma taxa alta, mesmo para as empresas mais bem sucedidas em qualquer mercado.

Com relação às Associações, sob a mesma justificativa, ficam elas com 7,5% das receitas obtidas sobre os Direitos Autorais. Nesse diapasão convém frisar que, além dos questionamentos feitos frente à porcentagem do ECAD (acerca do alto valor retido), essa porcentagem é fixa para cada Associação e que não há a possibilidade de uma cobrar mais ou menos que a outra, ou seja, não há concorrência. Isso é estabelecido pelas próprias Associações e não por lei. Importante notar que, apesar de a porcentagem cobrada por cada Associação ser a mesma, não significa que o valor recebido por cada uma será o mesmo, o que dependerá do seu quadro de titulares, ou seja, se no seu quadro existirem titulares cujas obras foram as mais executadas, logo essa Associação irá receber mais, pois o repasse depende do valor destinado para cada música.

Os custos das Associações restringem-se basicamente aos cadastramentos dos seus titulares e de suas respectivas obras e o consequente informe ao ECAD desse seu cadastro, o que não justifica tamanha porcentagem. Assim como o ECAD, as Associações então não estariam cumprindo com sua finalidade econômica (ressalta-se que nesse contexto elas não têm caráter representativo, pois estamos considerando apenas o fator econômico) e sua existência também necessita ser revista. Não há o porquê um titular se associar caso os custos para a efetivação de seus direitos sejam tão altos caso ele decida o fazer por conta própria. Até mesmo no intuito de se fazer as Associações serem mais eficientes economicamente é necessário que se tenha concorrência neste mercado, pois elas trabalharão para reduzir seus custos e com isso oferecer melhores condições para que prospectem mais autores, compositores, intérpretes, entre outros.

Como se vê, a concorrência entre as Associações é uma necessidade não só para os usuários, mas também para os próprios titulares. Na medida em que

³¹<http://www.ecad.org.br/pt/quem-somos/resultados/Paginas/default.aspx> acessado em 04/11/2013

se estabelece um ambiente de disputa, os usuários poderão barganhar por melhores preços, e também poderão escolher aquelas obras que melhor se encaixarem nos seus orçamentos, e pelo lado dos titulares, estes poderão se Associar naquela Associação que melhores condições lhe oferecerem, seja pelo lado da porcentagem cobrada, seja pelo atendimento, seja do modo que for, possibilitando inclusive maior controle das contas dessas entidades, que vez ou outra constam de dúvidas comprovações de gastos. A concorrência inserirá no mercado uma busca por maior eficiência por parte das Associações, o que no final chegará ao consumidor, público que ouve as obras mas que não figura como um *player* do mercado, mas acaba pagando o preço por um mercado cartelizado.

7. SOBRE A ATIVIDADE DE FIXAÇÃO DE PREÇOS

7.1. ESTIPULAÇÃO DOS VALORES DAS OBRAS

Já delineado por todo este trabalho e tema de análise por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica foi a maneira como se constrói o valor cobrado pelas Associações e o Escritório Central de Arrecadação pela execução pública de obras musicais, lítero musicais e fonogramas e restou demonstrado que esta precificação é atualmente coordenada entre os agentes de mercado, o que configura formação de cartel.

Neste diapasão, as Associações reúnem costumeiramente, situações nas quais discutem, acertam e estabelecem entre elas qual o valor a ser cobrado de cada tipo de usuário. Tais práticas são comprovadas pelas Atas de Assembleias vastamente divulgadas pelo próprio ECAD e pelas Associações nos seus respectivos sítios eletrônicos.

De posse dos preços estabelecidos pelas entidades representativas, passa então o ECAD a cobrar dos usuários, os quais devem pagar previamente o valor, sem qualquer oportunidade de negociação.

Convém notar aqui que os preços diferenciam-se a depender das atividades desempenhadas pelo usuário, mas em nenhuma hipótese tem este a oportunidade de barganhar pelo valor, ou até mesmo de escolher o produto a ser utilizado para que assim se alcance uma quantia diferenciada. Isso impossibilita a concorrência no mercado e impõem aos consumidores produtos que sequer puderam aceitar ou não.

Esse modo de precificação reflete justamente as características de um cartel, o que é fortalecido quando vislumbrado todo o poder de monopólio que a própria legislação concedeu ao ECAD, possibilitando tais práticas sem qualquer risco de diminuição de *share*. Todavia, ainda que a Lei dos Direitos Autorais tenha concedido monopólio ao escritório, é imprescindível notar que ela tão somente creditou a esta Associação as responsabilidades de arrecadação e distribuição, sem nada tratar a respeito da fixação de valores. A lei se manteve calada quanto a isso.

A omissão legislativa no que diz respeito a precificação não fora acidental, mas sim proposital, pois quando analisamos os histórico das leis que tratam de Concorrência e/ou de Direitos Autorais, identificamos um processo evolucionista de coexistência entre essas leis. No início, com a LDA de 73, o legislador previu que a atividade de fixação de preços ficaria sob responsabilidade das Associações e seus titulares, sob a fiscalização da SNDA, porém, em 94, com o fortalecimento das instituições e órgãos que cuidavam do antitruste nacional, foi editada a Lei 8.884, que regulou a matéria concorrencial. Nesse diapasão, a LDA de 98 omitiu-se quanto ao critério de fixação de preços por claramente entender que a Lei da Concorrência de 94 já cuidava da matéria e por isso não mais seria necessário tratar do assunto, pois já existia lei específica. Ou seja, o legislador brasileiro claramente se posicionou, a partir de uma omissão proposital, a favor da livre concorrência também no que diz respeito ao mercado de Direitos Autorais, caso contrário teria ele isentado explicitamente este setor da economia da incidência da lei antitruste.

Tal interpretação foi corroborada com a recentíssima alteração da Lei dos Direitos Autorais, em 2013, que pôs fim à dúvida se a lei vedava ou não a fixação conjunta de preços sobre a cobrança de Direitos Autorais. Em seu art. 99-B, já transcrito neste trabalho, estabelece que o mercado em tela se submeta sim à lei específica que trate de infrações à ordem econômica, derrubando por vez qualquer dúvida que pairava sobre o assunto.

7.2. VIABILIDADE DA FIXAÇÃO POR CADA TITULAR OU ASSOCIAÇÃO

Dada a quantidade de pessoas envolvidas dentro deste mercado, e principalmente a quantidade de pessoas que participam da criação de uma obra, é razoável se pensar que a fixação de valores a serem cobrados dos usuários por cada um dos titulares é praticamente inviável, entretanto, convém inserir esse

mercado dentro de uma nova realidade tecnológica ao qual não estava disponível à época da criação do ECAD e formalização legislativa de suas Associações.

Na década de 70 o Brasil realmente estava atrasado no que diz respeito à tecnologia da informação. Não se pensava sequer no uso que atualmente damos aos computadores, quem diria em *smartphones*, *tablets*, tecnologia 3G/4G, internet banda larga, entre outros. Todo esse desenvolvimento que o país passou traz consigo não só conforto e comodidade ao público em geral, mas na própria administração de pequenas, médias e grandes empresas. Esses avanços possibilitam consequentemente que o ECAD institua métodos mais avançados de fiscalização e até mensuração da execução de suas obras musicais. O fato tanto é verdade que o próprio ECAD já reconhece que faz uso de tecnologias de ponta, utilizadas por países de primeiro mundo. Assim, é plenamente razoável que se faça também para individualizar os preços e fomentar a concorrência.

Para isso, uma simples adaptação em seus cadastros possibilitaria que cada titular, ou cada Associação, estabelecessem seus preços fora de um conluio. Significa sim um dispêndio de esforços em um primeiro momento, e consequentemente de recursos financeiros, todavia, representa também ganhos a médio e longo prazo (se não em curto) e assim reduzir seus custos operacionais. Ou seja, vislumbra-se que trata-se de falta de interesse, pois é notório que a tecnologia de informação disponível consegue satisfazer as demandas do escritório.

Uma fixação de preços por cada titular ou Associação seria feita por obra, ou por repertório, de maneira que cada uma receberia a porcentagem que lhe tem direito. O repasse para cada titular obedeceria às porcentagens acertadas em contrato de produção da obra. No caso de os titulares figurarem em Associações distintas, a própria matemática ficaria responsável pelo cálculo do preço da obra e, se julgarem que seriam cálculos complexos, basta lembrarmos toda a tecnologia de informática já existente onde equações muitíssimas complicadas são feitas em questões de milésimos de segundos e aí, conforme dito, basta o gasto inicial de elaboração dessa equação (investimento), de maneira que para todo o resto a tecnologia faria seu papel.

Isso tanto é possível que, conforme também asseverado em tópicos anteriores, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição e suas Associações já o fazem na distribuição das receitas, bastando tão somente passar a praticá-lo na

arrecadação e na fixação dos preços (o que pode ser entendido como um momento da prática de arrecadação).

O ECAD deveria funcionar como uma incubadora para os titulares de direitos, buscando sempre apresentar novas práticas, maneiras, tecnologias, que favorecessem os detentores de direitos, o que não é feito atualmente, pois restou demonstrado que o modelo vigente gera altos custos para os titulares, pois apenas 75,5% das receitas chegam até eles, e inviabiliza maior controle das execuções por parte daqueles que realmente possuem os direitos.

8. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E CRIAÇÃO DE BARREIRAS À ENTRADA DE NOVAS ASSOCIAÇÕES (*PLAYERS*)

Cada mercado possui um tipo específico de *player* de maneira que as características peculiares de cada atividade determina quem são os atores que jogarão e quais serão as peças do tabuleiro. No caso do mercado relevante em tela temos como atuantes (*players*), as Associações. São elas quem trabalham com racionalidade econômica típica, apesar de não estar ausente nos titulares, e quem desenvolvem o papel de concorrentes. Ou seja, é a concorrência entre as Associações que determina o rumo do mercado. Isso é evidente quando de posse da LDA, que estabelecesse que para que os titulares recebam seus direitos autorais é necessária sua associação a uma Associação, a qual repassará o que couber a cada associado, assim, resta transferida a capacidade de concorrência dos titulares para as Associações.

Neste sentido, é interessante notar de que forma um novo *player* poderia estar entrando neste mercado e assim acirrando a concorrência, pois hoje, conforme tratado em tópicos anteriores, existem apenas nove Associações no quadro do ECAD, sendo que destas apenas seis são efetivas (que têm maior grau de atuação), gerando uma grande concentração econômica que fica evidente na forma de administração do ECAD.

O escritório juntamente com as Associações existentes estabeleceram em seu estatuto alguns critérios para a admissão de novas Associações e nestes critérios percebe-se que na verdade eles representam barreiras à entrada de novos *players*, pois criam dificuldades demasiadas, desnecessárias e ilegais, com intuito de restringir o mercado. Tais empecilhos consistem em dois pontos: a) critérios

quantitativos para o ingresso de novas Associações ao ECAD, e; b) necessidade de aprovação para o ingresso por parte das Associações já existentes.

Analisando o primeiro ponto percebemos que não há qualquer justificativa jurídica ou econômica para seu estabelecimento. A Lei dos Direitos Autorais não determina qualquer critério neste sentido e isso ela é omissa simplesmente pelo fato de não haver lógica social, econômica ou política. Este critério consiste na estipulação de que a nova Associação deve possuir uma porcentagem mínima de obras registradas (em relação às administradas pelo ECAD), pelo período de um ano, para que, aí sim, se submeta à aprovação de ingresso ao ECAD pelas outras Associações. Se aprovada, a nova entidade ingressará no quadro como uma Associação administrada, e não efetiva. Tal mecanismo é impraticável no mercado, haja vista que para um titular ter os seus direitos tutelados ele necessita estar vinculado a uma Associação. Ou seja, não há incentivos para que os titulares se filiem a uma Associação recém-criada, pois ficará este associado no mínimo um ano sem receber direitos autorais, o que leva à maioria esmagadora dos titulares a se filiarem a uma das Associações já existentes, inviabilizando a obtenção do percentual mínimo de associados pela Associação recém-criada e assim impossibilitando a entrada de um novo *player* no mercado.

Essa prática é tão restritiva que a última Associação a ingressar no quadro do ECAD foi a ABRAMUS, o qual conseguiu tal feito no ano de 1982. De lá para cá nenhum novo membro ingressou, mas pelo contrário, saiu.

Corrobora para o fortalecimento dessas barreiras a submissão do ingresso à análise por parte das outras Associações, ocasião em que dificilmente é deliberado a favor da entrada da nova entidade. Para isso, basta observarmos que há muito três entidades figuram como Associações administradas sem conseguirem tornar-se efetivas. Por fim, racionalmente falando, é improvável que um *player* decida pela a entrada de um concorrente no mercado justamente pelas obviedades econômicas.

CONCLUSÃO

As práticas adotadas pelo ECAD e suas associações representam fielmente a conceituação de cartel. Suas condutas demonstraram que coordenadamente elas ajustavam comportamentos no mercado, o que por si só já é defeso em lei, e economicamente percebe-se que não há sequer eficiências geradas que as justificassem.

O conluio fraudulento encabeçado pelo ECAD provocou prejuízos à economia. Esse, que em última análise prejudicou não somente o usuário direto, como rádio, TV e novas mídias, lesou também o consumidor final, aquele que paga por uma música baixada da internet ou pelo ingresso para assistir a um show, o que assina TV por assinatura, entre outros. Inviabilizou ainda a barganha entre usuários e associações pela busca de melhores condições, seja ela de preços ou de fornecimento de serviços, a que em última análise prejudicou os próprios titulares das obras, haja vista terem eles deixado de ter a opção que melhor lhes servisse, ou até mesmo a possibilidade de, por meio de preços, projetar seu trabalho, ganhando visibilidade e com isso maior retorno pelo seu trabalho. Ou seja, o cartel em tela prejudicou não somente os usuários, como também os próprios titulares das obras (poderíamos chamá-los de fornecedores).

Convém notar que restou comprovada também a ineficiência do ECAD e suas Associações na gestão coletiva dos Direitos Autorais, pois as taxas (porcentagens) retidas por elas a título do custeamento de despesas operacionais são extremamente altas, mais ainda quando comparadas com outras empresas mundiais, monopolistas de seus serviços. Em síntese, não estavam cumprindo seu papel econômico de procurar, justamente, reduzir tais custos e viabilizar a cobrança desses direitos. São entidades economicamente ineficientes.

Por fim ressalta-se que o estímulo à concorrência neste setor será benéfico aos usuários e titulares não somente pelo lado financeiro, mas também sob o ponto de vista da fiscalização sob estas associações. Cada entidade procurará melhorar seus serviços em busca da prospecção de novos associados, o que para esses significará vigilância sob suas receitas devidas, sobre a quantidade de execuções de suas obras, gerará clareza na distribuição e com isso diminuição das suspeitas que hoje afligem essas entidades.

Ressalta-se que o entendimento do nosso legislador sempre caminhou no intuito de colocar tal mercado sob os ordenamentos da legislação antitruste, o que restou comprovado sob uma análise histórica do desenvolvimento de todas as normas pertinentes ao assunto e principalmente com a recente alteração da Lei dos Direitos Autorais, em que fora acrescentado dispositivo explícito desse entendimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Otávio. **Direito Autoral: Conceitos Essenciais**. Barueri: Editora Manole, 2009.

BAIN, Joe Staten. **Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries**. Cambridge Mass: Harvard University Press, 1962.

BAIN, Joe Staten. **Industrial Organization**. New York: John Wiley, 1968.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003.

BRASIL. **Código civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003745/2010-83**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 22/11/2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acessado em 22/11/2013.

BRASIL. Lei nº 12.853, de 14 de agosto de 2013. Altera os arts. 5º, 68, 97, 98, 99 e 100, acrescenta arts. 98-A, 98-B, 98-C, 99-A, 99-B, 100-A, 100-B e 109-A e revoga o art. 94 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a gestão coletiva de direitos autorais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12853.htm>. Acessado em 22/11/2013.

BRASIL. Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4137.htm>. Acessado em 22/11/2013.

BRASIL. Lei nº 5.958, de 10 de dezembro de 1973. Dispõe sobre a retroatividade da opção pelo regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, criado pela Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L5958.htm>. Acessado em 22/11/2013.

BRASIL. Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8158.htm> Acessado em 22/11/2013.

BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acessado em 22/11/2013.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acessado em 22/11/2013.

CARVALHO, Vinicius Marques de. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais no Brasil**.

Ministério da Justiça, Brasília, ago. 2011. Disponível em

<<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B6EA45A77-BF51-4663-BDFF-B4D7FEE32E41%7D&ServiceInstUID=%7B2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A%7D>>. Acessado em 22/11/2013.

DIAS, Maurício Cozer. **Utilização musical e Direito Autoral**. Campinas: Editora Bookseller, 2000.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do Antitruste**. Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. **Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy and its Practice**. 3 ed. Cidade de Iowa: Editora Thomson West, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. **Tratado de Direito Constitucional**. 2a. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5ª Edição. São Paulo: Editora Prentice Hall, 2002.

SOARES FILHO, Sidney. **A gestão Coletiva dos Direitos Autorais da música no Brasil: polêmicas em relação à atuação do Escritório de Arrecadação e Distribuição (ECAD)**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0cdf61037d7053ca>. Acessado em 22/11/2013.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias. **Direito Autoral: legislação básica**. 2. Edição. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

STIGLER, G. J. **The organization of Industry**. Chicago: Chicago University Press, 1968.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. **The Law of Antitrust: An Integrated Handbook**. 2ª ed. Estados Unidos da América: Thomson West, 2000.

TORRI, Veronica. **Gestão Coletiva de Direitos Autorais e a Defesa da Concorrência**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011

TRIDENTE, Alessandra. **Direito Autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2009.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Antitruste em setores regulados**. São Paulo: Editora Lemos e Cruz, 2006.